
PERSONA Y DERECHO

REVISTA DE FUNDAMENTACIÓN DE LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS Y DE DERECHOS HUMANOS

REVISTA SEMESTRAL DE LA FACULTAD DE DERECHO
ÁREA DE FILOSOFÍA DEL DERECHO - INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS
FUNDADA EN 1974
UNIVERSIDAD DE NAVARRA
PAMPLONA. ESPAÑA / ISSN: 0211-4526
2012/1 / NÚMERO 66 (ENERO-JUNIO) / 2012/2 / NÚMERO 67 (JULIO-DICIEMBRE)

DIRECTORA

Caridad Velarde

CONSEJO DE REDACCIÓN

DIRECTOR TÉCNICO

Juan Cianciardo
UNIVERSIDAD DE NAVARRA

VOCALES

Francisco J. Contreras
UNIVERSIDAD DE SEVILLA

Isabel Trujillo

UNIVERSIDAD DE PALERMO

SECRETARIO

Aitor Rodríguez Salaverría
UNIVERSIDAD DE NAVARRA

Las opiniones expresadas en los trabajos
publicados en esta revista son de la
exclusiva responsabilidad de sus autores

COMITÉ CIENTÍFICO

Javier Hervada
Andrés Ollero
PRESIDENTES DE HONOR

Angela Aparisi
(NAVARRA)

Jesús Ballesteros
(VALENCIA)

Bogusław Banaszak
(WROCLAW)

Francisco Carpintero
(CÁDIZ)

Jean Luc Chabot
(GRENOBLE)

(†) Sergio Cotta
(ROMA)

Francesco d'Agostino
(ROMA)

Paloma Durán
(MADRID)

John Finnis
(OXFORD)

Robert P. George
(PRINCETON)

Juan José Gil-Cremades
(ZARAGOZA)

Mary Ann Glendon
(HARVARD)

Ilva M. Hoyos
(BOGOTÁ)

Roberto Ibáñez
(MÉXICO)

Werner Krawietz
(MÜNSTER)

Antonio L. Martínez-Pujalte
(ELCHE)

Carlos I. Massini
(MENDOZA)

José J. Megías
(CÁDIZ)

Peter-Paul Müller-Schmidt
(MÜNCHENGLADBACH)

Cristóbal Orrego
(SANTIAGO DE CHILE)

José A. Pastor-Ridruejo
(MADRID)

J. P. Rentto
(TURKU)

Pedro Serna
(CORUÑA)

Robert Spaemann
(STUTTGART)

Jean M. Trigeaud
(BURDEOS)

Francesco Viola
(PALERMO)

Christopher Wolfe
(MILWAUKEE)

Dirección, redacción y correspondencia:

Instituto de Derechos Humanos
Edificio de Bibliotecas, despacho 1731
Universidad de Navarra
31080 Pamplona. España.
Tfno.: 34-948425600
Telefax 34-948425636
e-mail: pyd@unav.es

Edita:

Servicio de Publicaciones
de la Universidad de Navarra, S.A.
Campus Universitario
31080 Pamplona (España)
T. 948 425 600

Precios 2011:

Unión Europea:
Suscripción anual: 1 año, 2 vols. / 50 €
Número suelto: 28 €
Otros países:
Suscripción anual: 1 año, 2 vols. / 52 €
Número suelto: 38 €

Maquetación:

pretexto@pretexto.es

Impresión: GraphyCems

Tamaño: 170 x 240 mm

Fecha impresión:
30-diciembre-2012

DL: NA 685-1975
SP ISSN: 0211-4526

PERSONA Y DERECHO

REVISTA DE FUNDAMENTACIÓN DE LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS Y DE DERECHOS HUMANOS
2012* / NÚMERO 66 (ENERO-JUNIO)

LOS DERECHOS SOCIALES

Boguslaw BANASZAK

Constitutionalisation of Social Human Rights – necessity or luxury? 17-28
[Constitucionalización de los derechos sociales. ¿Necesidad o lujo?]

Paloma DURÁN Y LALAGUNA

Las referencias onusianas para una definición europea de derechos sociales 29-48
[The UN references to define social rights in Europe]

Andrés OLLERO

Los nuevos derechos 49-62
[The new Rights]

Enrique DEL CARRIL

Notas para una fundamentación de los derechos sociales 63-79
[Notes for a Foundation of Social Rights]

María Marta DIDIER

La exigibilidad judicial de los derechos sociales básicos: un imperativo del principio de igualdad 81-107
[The judicial enforcement of basic social rights: a requirement of the principle of equality]

Fernando TOLLER

La armonización de derechos mediante el control de razonabilidad. Reflexiones sobre el principio de proporcionalidad y aplicación práctica a partir de un caso de vacunación obligatoria 109-146
[Justice in Decision-making and Discretionary Regulations. The Harmonization of Rights and Public Goods Through a Reasonableness Analysis Using a Case of Mandatory Vaccination]

Carlos HAKANSSON

Los derechos sociales en la Constitución peruana. Elementos para una aproximación al reconocimiento y vigencia de los derechos sociales en el marco iberoamericano

147-180

[Social rights in the Peruvian Constitution. Elements for an approach to the recognition and enforcement of the social rights in the Latin American context]

Carlos Diego MARTÍNEZ-CINCA

La democracia liberal entre la crisis del Estado de bienestar y la retórica circular de la eficiencia

181-200

[Liberal Democracy, the Crisis of the Welfare State, and the Circularity of Efficiency as a Social Goal]

Alfonso MARTÍNEZ-CARBONELL LÓPEZ

Claves educativas para responder a los actuales retos de Europa

201-225

[Educational keys to respond to the current challenges in Europe]

RECENSIONES

RAMÍREZ GARCÍA, H. S. / PALLARES YABUR, P. de J., *Derechos humanos* / [Juan Cianciardo] / 229 // GRONDIN, J., *¿Qué es la hermenéutica?* / [Carlos I. Massini Correas] / 232 // VENDEMIATI, A., *San Tommaso e la legge naturale* / [Daniel Contreras Ríos] / 236 // RODRÍGUEZ PUERTO, M. J., *Interpretación, Derecho, Ideología. La aportación de la Hermenéutica jurídica* / [Leticia Cabrera Caro] / 241 // GARCÍA CUADRADO, Antonio M., *Principios de Derecho constitucional* / [Sonsoles Arias Guedón] / 245 //

PERSONA Y DERECHO

ISSN: 0211-4526

REVISTA DE
FUNDAMENTACIÓN
DE LAS INSTITUCIONES
JURÍDICAS
Y DE DERECHOS
HUMANOS

NÚMERO 66
2012 / 1
LOS DERECHOS
SOCIALES

REVISTA SEMESTRAL DE LA FACULTAD DE DERECHO /
SERVICIO DE PUBLICACIONES DE LA UNIVERSIDAD
DE NAVARRA / PAMPLONA / ESPAÑA



Universidad
de Navarra

Los nuevos derechos*

The new Rights

RECIBIDO: 2012-08-10 / ACEPTADO: 2012-09-23

Andrés OLLERO

Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)

andres.ollero@urja.es

Resumen: Tras la neta distinción entre una primera y segunda generación de derechos, y la menos precisa alusión a una tercera, surgen ahora unos nuevos derechos basados en un principio de no discriminación, que tiene como apoyo una antropología radicalmente individualista.

Palabras clave: Derechos humanos; derechos civiles y políticos; derechos económicos, sociales y culturales; individualismo; libertades formales; dignidad; autodeterminación; intimidad; no discriminación.

Abstract: After the clear distinction between the first and the second generation of rights, and after alluding to a third, are now emerging new rights based on a principle of non-discrimination, whose support an anthropology radically individualistic.

Key words: human rights; civil and political rights; economic, social and cultural rights; individualism; formal freedoms; dignity; self-determination; privacy; nondiscrimination.

Diríase que, en plena crisis, los derechos están de oferta. Cuando se habla de derechos nuevos se hace en referencia a derechos fundamentales, de ineludible presencia en cualquier ordenamiento jurídico que se precie, y no de los que puedan ser fruto coyuntural de alguna peripecia legal. De ahí derivan preguntas inevitables. ¿A qué llamaremos con fundamento derecho? ¿Han cambiado nuestros fundamentos hasta el punto de que puedan surgir nuevos derechos fundamentales?

* Ponencia para el Congreso Internacional “Las libertades en la nueva Europa”, del que fue coordinador. Área de Filosofía del Derecho de la Universidad Rey Juan Carlos, Madrid 7-10 abril 2011. Su temática encuentra desarrollo en el proyecto de investigación DER-2011-26903 del MEC, del que el autor fue investigador principal.

DE LOS DEBERES DESDE LO ALTO A LOS DERECHOS FRENTE AL ESTADO

El discurso sobre los derechos surge con la modernidad. La filosofía clásica situaba el centro de gravedad de la ética en instancias que transcendían lo individual y apuntaban hacia lo universal: la polis, como frontera con la barbarie, o la divinidad, como juez supremo. En consecuencia, lo jurídicamente y moralmente decisivo era la ley y los deberes que de ella derivaban. Nuestros derechos serían más bien el resultado de deberes ajenos.

La querella de los universales, que cierra el escenario medieval, centra la atención en lo individualizado y concreto. La modernidad se hará antropocéntrica. Lo político no se fundamentará ya en una sociabilidad natural sino que habrá que legitimarlo partiendo de los individuos; *como si* derivara de un contrato, creador artificioso de una sociedad más racionalmente útil que éticamente obligada.

Los átomos individuales tejen interesadamente una red. Se sienten libres para satisfacer cualquier pretensión, liberados de presuntos deberes naturales. No tendrán más deberes que los derivados de su libre voluntad de vincularse por vía contractual. Esa sobredosis de libertad tendrá sin embargo un coste aterrador. Si cada cual puede aspirar a satisfacer todas sus pretensiones, el resultado (Hobbes lo vio con claridad) será la guerra de todos contra todos; una contienda entre lobos que impedirá garantizar incluso la pretensión más elemental: la de sobrevivir.

DERECHO A LIBERARSE DE LOS DEMÁS CON EL LEVIATÁN COMO ÁRBITRO

Libertad y derecho ya no serán lo mismo. Para que haya derechos –o sea, libertades garantizadas– habrá paradójicamente que sacrificar una cuota de libertad; tributo imprescindible para evitar una colisión conflictiva. El contrato social impedirá que se imponga bélicamente el más fuerte; se fabricará para ello una concentración de fuerza no superable: el Leviatán. Derecho será aquella libertad que nos queda después de que el Leviatán nos expropie la dosis inevitable para garantizar una pacífica coincidencia.

No ha desaparecido pues la arbitrariedad individual propia de un momento pre-social; simplemente queda confinada en el ámbito de esas libertades limitadas convertidas en derechos. El individuo podrá seguir campando por sus respetos; es más, tendrá derecho a hacerlo con el visto bueno del Le-

viatán. Sólo respecto a él habrá que asumir deberes no deseados; llegaremos al siglo XIX afirmando, con el individualismo liberal, que el que hace uso de su derecho a nadie daña. La libertad se identifica con la propiedad; ser libres es sentirnos propietarios de todo aquello que el Estado no ha considerado indispensable confiscarnos.

DERECHOS COMO ARBITRARIEDADES NO REPRIMIBLES

Los *otros* han desaparecido del mapa. No tenemos respecto a ellos más deberes que los que libremente hayamos aceptado; no los habrá que deriven de exigencias de nuestra propia naturaleza. Para la actitud norteamericana *pro-choice* el respeto a la vida del no nacido será solo una encomiable actitud moral, comparable a la del buen samaritano, pero en ningún caso podrá considerarse jurídicamente exigible.

El Leviatán erigido en soberano absoluto se impone a sus meros súbditos y se muestra incapaz de respetar a auténticos ciudadanos. Para remediarlo, el individualismo se trasladará también a la relación con el *otro* por antonomasia: el Estado. Admitida su capacidad expropiadora, el resto resultante se esgrimirá como freno a sus injerencias. Los *derechos civiles y políticos* se configuran como derechos *frente al Estado*: libertad religiosa (sin mendigar una indulgente tolerancia), libertad de expresión, inviolabilidad del domicilio, *habeas corpus*...; o sea propiedad sobre el alma, la mente y el propio cuerpo, que reclama asiento y física libertad de movimiento.

DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS COMO LIBERTADES *NEGATIVAS*

Los derechos así concebidos tendrán una doble dimensión *negativa*.

Por una parte, niegan a los poderes públicos toda interferencia en ámbitos que oscilan entre lo sagrado y lo sensible. Todos los derechos se resumen en uno: el sagrado derecho a que, pagados los impuestos, también el poder nos deje en paz.

Por otra parte, las *libertades* en que esta *primera generación* de derechos se plasma se pueden ejercer positiva o negativamente. Tanto ejerce la libertad religiosa, la participación política o la libertad sindical, el que profesa una religión determinada como el pagano, el que vota como el que se abstiene, el que se afilia como el que no quiere saber nada.

El planteamiento puede, sin embargo, llevar al absurdo. John Stuart Mill rechazará todo *paternalismo*: nadie podrá ser obligado a comportarse de una manera determinada *por su bien*; sólo un injustificado daño o *mal ajeno* puede servir de freno a la libertad. ¿Habría pues que admitir que todo derecho es renunciable? Se impondrá algún límite: no cabe, invocando la propia libertad, renunciar a la libertad vendiéndose como esclavo¹. De ahí derivará el escaso entusiasmo por compromisos irreversibles o vínculos indisolubles. Tampoco cabría, por analogía, invocar un derecho a la muerte, que no podría entenderse como un modo *negativo* de ejercer el derecho a la vida (caso *Pretty contra el Reino Unido*, ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

RECHAZO DEL INDIVIDUALISMO DEPREDAADOR

Desde el marxismo se criticará drásticamente este planteamiento. Se rechazará la capacidad del derecho para someter en la sociedad la fuerza a la razón. Su función es en realidad *ideológica*: falsear interesadamente la realidad social legitimando la explotación burguesa del proletariado. Se ridiculizará el empeño del ingenuo ciudadano en que los tribunales le den la *razón*. De los presuntos derechos y libertades se denunciará, en consecuencia, su carácter meramente formal, encubridor de una radical desigualdad; no son arma sino disfraz: una ridícula piel de león válida solo para primitivas danzas rituales. Equivalen a conceder libertad de religión y de propiedad privada, en vez de liberar al hombre de la religión y de la propiedad².

Esta segunda crítica tendrá más eficacia que la primera, aun desmentida por el propio marxismo con el totalitarismo indefinidamente provisional de su socialismo real.

CRÍTICA A UN FORMALISMO IDEOLÓGICAMENTE CÓMPLICE

El cuestionamiento del formalismo de las libertades burguesas alimentará su revisión. Se seguirán considerando imprescindibles, pero se admitirá su insuficiencia. De poco sirve proclamar la igualdad ante la ley si la desigualdad

¹ MILL, J. S., *Sobre la libertad* (trad. al español de P. de Azcárate), Alianza Editorial (2ª ed.), Madrid, 1979, pp. 65 y 190.

² MARX, C., *La cuestión judía*, en "Obras de Marx y Engels" (trad. J. M. Ripalda), Crítica, Barcelona, 1978, t. 5, pp. 187 y 199-200.

de la lotería natural se ve multiplicada por déficits de oportunidades u obstáculos prácticos para el ejercicio de la libertad. La lucha por las *libertades* debe verse acompañada de una acción positiva en beneficio de las *igualdades*.

Ejemplar al respecto será la actitud ante la economía de mercado. Indispensable para una racional asignación de recursos, se exigirá que sus cálculos no favorezcan distorsionadoras externalidades. Se optará pues por una economía social de mercado.

RECUPERACIÓN COEXISTENCIAL DE LOS DERECHOS NATURALES

La doctrina social católica abordó una superación de su inicial estéril conflicto con la modernidad liberal. El anatema da paso a una propuesta reformista, que se plantea como alternativa –ingenua para muchos– a la revolucionaria. Los poco felices intentos de patentar una tercera vía, entre capitalismo y socialismo, se decantan hacia una doble crítica capaz de alimentar reformismos en uno y otro campo; su aparente equidistancia (la *Sollicitudo rei socialis* de Juan Pablo II) enojó no poco a los liberales de pro.

El fundamento antropológico de la propuesta resulta convincente. La etiqueta personalista brinda la posibilidad de descartar tanto el individualismo arbitrario, condenado a resultar depredador, como el colectivismo totalitario, incapaz de disimular la opresión. El individuo actúa como *persona* cuando cobra conciencia de su dimensión *relacional*, que le lleva a trascender sus cerradas querencias egoístas y a abrirse solidariamente al otro, tratándolo como un igual.

Juan Pablo II consumará la lúcida propuesta de Juan XXIII: rescatar la moderna teoría de los derechos, eclipsada por el legalismo iusnaturalista tanto clásico como racionalista, y reasentarla sobre una antropología personalista. Más de un católico integrista aún no lo ha digerido.

Los derechos dejan de ser ámbitos de arbitrariedad, libertades ilimitadas, para asumir una función social que exige incluir siempre la presencia de ese *otro* que debe ser tratado como un *igual*. De una mera coincidencia de órbitas individualistas, artificiosamente programada, se pasa a una enriquecedora coexistencia³, basada en la relación solidaria que emerge de la sociabilidad natural: socialización sin totalitarismo.

³ COTTA, S., *La coexistencialidad ontológica como fundamento del derecho*, “Persona y Derecho”, 9 (1982), p. 17.

DERECHOS DE PRESTACIÓN, ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Esta doble crítica a las libertades formales alimentará una *segunda generación* de derechos. No se conciben ya como ámbitos de inmunidad frente al Estado sino como fundamento para exigir una *prestación* que habrá de verse satisfecha *por el Estado*. No se trata solo de derechos nuevos sino de un nuevo modo de considerar los ya reconocidos. Los Pactos que desarrollan la Declaración Universal de Naciones Unidas lo dejan claro, al reduplicar en paralelo más de uno: la libertad de enseñanza de un Pacto se verá, por ejemplo, acompañada por el prestacional derecho a la educación del otro.

En todo caso nos hallaremos ante derechos peculiares, de difícil aclimatación en el imaginario del individualismo liberal. Predomina en éste la idea de que *derechos pocos y en serio*⁴ (o sea, frente al Estado). Se teme que el afán de reconocer unos derechos intangibles relativos a las más diversas variedades de bienestar, lejos de incrementar las libertades, acabe relativizando un patrimonio jurídico tan trabajosamente defendido.

Nos encontramos ante derechos que difícilmente pueden verse garantizados por una *norma* jurídica, que se aplique o todo o nada. ¿Cómo garantizar así una vivienda *digna*? Se verán reconocidos más bien a través de *principios* optimizadores⁵, que propiciarán e interpretarán normas que hagan realidad viviendas lo más dignas que resulte posible. Los normativistas no verán en ello *derechos* propiamente dichos sino, más bien, meras *expectativas* ante los deseables resultados de *políticas* públicas.

LA SALUD COMO ARQUETIPO

Sirva de ejemplo el derecho a la salud. No solo porque las dificultades para generalizar la sanidad pública en Estados Unidos causen estupor en más de un europeo; también el Consejo de Estado español consideró oportuno poner en guardia ante “excesos retóricos”. No tendría mucho sentido pretender

⁴ Valga como obligada cita DWORKIN, R., *Los derechos en serio* (traducción de M. Guastavino), Ariel, Barcelona, 1984.

⁵ La cita ahora obligada es la de ALEXI, R.; por ejemplo, “Rechtssystem und praktische Vernunft”, *Rechtstheorie*, 18 (1987), p. 407.

ver garantizado por vía jurídica el bucólico concepto propuesto por la Organización Mundial de la Salud: “estado de completo bienestar social”⁶.

La salud es un bien que habrá que procurar optimizar, en el marco de una inevitable ponderación con otros derechos y libertades. Ello llevará, por ejemplo, a descartar el paternalismo médico para dar paso a la autonomía del paciente por la vía del consentimiento informado.

TERCERA GENERACIÓN DE DERECHOS. AMPLIACIÓN INTERGENERACIONAL DE LA SOLIDARIDAD Y CUESTIONAMIENTO DE LA NEUTRALIDAD DE LA TÉCNICA

El afán por ampliar derechos dará a luz una *tercera generación*, de perfiles no tan fácilmente determinables. Se ofrece como arquetipo el derecho al *medio ambiente*, susceptible de ser fundamentado como fruto de una solidaridad que desborda diacrónicamente a los *otros* ya presentes, para sentirse responsable de los que vendrán.

En el mismo saco acabarán entrando otros derechos que ponen más bien de relieve la necesidad de limitar efectos colaterales de un progreso tecnológico que tiende a gozar de patente de corso. Sirva como ejemplo la *protección* ante el manejo informático *de datos* personales, sensibles o no. Queda así claro que el dinamismo social justifica el nacimiento de nuevos derechos, difíciles de garantizar en el marco de los clásicos (el derecho a la intimidad, en este caso). Tenderán a convertirse en derechos de prestación, aunque no estén exentos de la clásica dimensión de libertad negativa.

CRISIS EN LA DOBLE HERENCIA DE LA ILUSTRACIÓN: DE LA DIGNIDAD A LA AUTONOMÍA, O VICEVERSA...

Esta doble influencia, a la vez productiva y amenazadora, del progreso tecnológico acaba con el idílico modelo en que se asentaba la Ilustración moderna. El *sapere aude!* invitaba a una investigación científica que se vería de modo necesario acompañada de efectos prácticos indiscutidamente positivos. El *im-*

⁶ CONSEJO DE ESTADO Dictamen de 19 de septiembre de 2009 sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de Interrupción voluntaria del Embarazo, pp. 64 y 65.

perativo categórico obligará sin embargo a recapacitar sobre el carácter positivo de presuntos progresos apoyados en el tratamiento de seres humanos como materia prima; es decir, como puros medios instrumentales⁷. El aclamado bebé-medicamento sume en la perplejidad.

El optimismo antropológico había invitado a residenciar en la *dignidad* del ser humano una innegociable exigencia de *autonomía*, que haría posible su enriquecimiento moral. La mentalidad tecnológica acaba sin embargo emparejada a una *instrumentalización utilitarista*, más preocupada del mero enriquecimiento económico.

RACIONALIDAD TECNOLÓGICA SIN IMPERATIVO CATEGÓRICO

Como consecuencia se cuestionará la dignidad de los seres humanos que no se hallen, aún o ya, en condiciones de ejercer su autonomía. Se ven convertidos en carga entorpecedora del dinamismo individualista capaz de alimentar al prometeísmo tecnológico. No será ya la *dignidad* la que fundamente la *autonomía*, sino que acabará siendo la capacidad de ejercer ésta la que permita invocar la protección que antes la dignidad por sí sola merecía. A quien no satisfaga tales condiciones lo más digno será darle muerte, a no ser que obtenga el indulto de un tercero que le atribuya patente de *deseado*; en caso contrario se verá suprimido paternalistamente: por su propio bien. El no suficientemente capacitado se ve así sometido, más que a tutela, a escrutinio; sirvan de muestra las estadísticas occidentales de nacidos con *síndrome Down* o las políticas orientales de eugenesia antifemenina.

La contradictoria doble alma de la Ilustración quedará a la intemperie, desmintiendo el optimismo progresista⁸. El utilitarismo parece convertir en dogma las consecuencias necesariamente positivas de la tecnología, justificando así el rechazo moral de todo intento de condicionarla, que se verá tachado de confesional y reaccionario.

⁷ Sobre ello reflexionamos en “Bienes jurídicos o derechos: ilustración *in vitro*”, incluido en *Biode-recho. Entre la vida y la muerte*, Thomson-Aranzadi Cizur Menor, 2006, pp. 153-177; en italiano en *Nuovi Studi politici*, 1 (Roma, 2002), pp. 9-33.

⁸ A propósito de una llamativa coincidencia: “La crítica de la razón tecnológica. Benedicto XVI y Habermas, un paralelismo sostenido”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, LXII-87 (2010), pp. 435-451.

¿TENEMOS DERECHO A TODO LO NO PROHIBIDO?

El prohibido prohibir hará pareja con el convencimiento individualista de que se tiene derecho a todo lo no prohibido. El clásico *habeas corpus* pretendía garantizar la *libertad* en términos físicos, casi entendida como mera *movilidad*. No ha faltado quien pretendiera, con poco éxito, invocar el artículo 17 de nuestra Constitución, encargado de proteger tal libertad, interpretándola en términos morales: como capacidad de *autodeterminación*⁹. El Tribunal Constitucional no avaló tan notable espita para un individualismo radical. Es más, con unos terroristas en huelga de hambre como fondo, dejó claro que no tenemos derecho a todo lo no prohibido (muerte incluida), sino que la mera no prohibición se limitaría a generar un ámbito de actuar lícito (*agere licere*)¹⁰. Para que una pretensión haya de verse respetada como derecho, disfrutando así de la posibilidad de poner los recursos del ordenamiento jurídico al servicio de su satisfacción, será preciso contar con un título legitimador que solo el respaldo antropológico de una determinada concepción de la justicia podría fundamentar.

Novedosas pretensiones, aun viéndose despenalizadas, no habrían de convertirse automáticamente, en nuevos derechos.

DEL ARTÍCULO 17 AL 18 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

La presión de un confesado individualismo se va haciendo sin embargo sentir. De la repulsa marxista a la propiedad privada se pasará a la privatización del *otro* no capaz de autonomía; se convertirá neronianamente en *dependiente* de los deseos, indulgentes o no, de quien naturalmente debería mostrarle solidaridad.

El derecho a la *intimidad* del artículo 18 de la Constitución ya había cambiado entre nosotros de *generación* por más de un motivo. Comenzó como arquetipo de la primera, entendido como libertad negativa, capaz de excluir del conocimiento ajeno determinados aspectos sensibles, corpora-

⁹ RUIZ MIGUEL, A., “Autonomía individual y derecho a la propia vida (Un análisis filosófico-jurídico)”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 14 (Madrid, 1993), pp. 148, 150 y 161.

¹⁰ SSTC 120 y 137/1990 y 11/1991, sobre recursos de amparo con ocasión de huelgas de hambre de miembros del grupo terrorista GRAPO.

les sobre todo, de la persona. Los avances tecnológicos de la informática cambiarían esta perspectiva hasta hacer surgir un derecho nuevo: en versión alemana, la *autodeterminación informática*. Exigirá una ley para justificar la disposición de cualquier dato individual, sensible o no, limitada siempre a una prefijada finalidad. Acabará convertido en derecho de prestación, al reconocer al ciudadano el acceso, rectificación y cancelación de los datos legalmente disponibles¹¹.

La dependencia colonial de lo norteamericano sirve ahora de fundamento para abrir la puerta a *nuevos derechos* basados meramente en la libre *autodeterminación individual*; no se planteará ya ponderación alguna respecto a las exigencias de un *otro* al que la insolidaridad ha ido convirtiendo en invisible. Nuestro Consejo de Estado –en el dictamen citado– llegará a proclamar que la *primera y mejor garantía del nasciturus*, en el seno de una madre en situación que no duda en reconocer como “dramática”, será la libre autodeterminación de ésta¹²; aunque para conservar algún rastro de buena conciencia niegue contradictoriamente carácter de derechos a esas acciones lícitas, no sancionables penalmente y financiables con fondos públicos.

¿Qué habrá pues de entenderse por derechos? Quizá habría que entender tales acciones como concesiones administrativas de un Leviatán que los más optimistas creían ya desaparecido.

DISLOCACIÓN POSMODERNA DE LOS FUNDAMENTOS ÉTICOS

Avanza pues un renovado individualismo. Ajeno a toda mala conciencia se exhibe como orgulloso beneficiario de épicos avances tecnológicos, mientras se envían al desván condicionamientos éticos que la Ilustración había convertido en indiscutibles.

La abolición de la esclavitud seguirá constituyendo un hito histórico, pero será perfectamente compatible con el reconocimiento rutinario de que

¹¹ Al respecto nuestro trabajo *De la protección de la intimidad al poder de control sobre los datos personales. Exigencias jurídico-naturales e historicidad en la jurisprudencia constitucional*, Discurso de Recepción y Contestación por el Académico de Número Excmo. Sr. D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera. Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 2008, pp. 7-179.

¹² Lo que le llevará a “apelar, como más eficaz garantía del feto, a la autorresponsabilidad de la propia madre gestante”. Dictamen de 19 de septiembre de 2009, pp. 32 y 33.

habrá *seres humanos a los que no se deberá tratar como personas*. Si argumentalmente necesario fuera, se les regateará incluso la condición de seres humanos, inventando una esclavitud ontológica, originaria o sobrevenida. Los fetos con malformaciones, lejos de considerarse seres humanos, serían simplemente *monstruos*; paradójica *Aufklärung*.

En un momento en que los más ingenuos presumen de haber conseguido que la propiedad deje de ser considerada como derecho fundamental¹³, se convertirá en derecho la posibilidad de convertir a *seres humanos* en *objeto de propiedad*, sometidas al consiguiente uso y disfrute. Cabrá fabricarlos o eliminarlos a gusto del consumidor. Un embrión vivo fabricado in vitro, si no es objeto de demanda, será constitucionalmente equiparado a otro efectivamente abortado¹⁴.

Cuando, por el contrario, estén en juego las legítimas prerrogativas de la Administración penitenciaria, esa misma vida humana se considerará como un *bien de obligada protección* en contra incluso de *la voluntad de sus* jurídicamente *beneficiarios*¹⁵.

La despenalización de determinadas conductas no se entenderá que genere en realidad derechos. Por arte de birlibirloque generará sin embargo *deberes* que, aun *no correspondientes a derecho alguno*, solo serán esquivables recurriendo a la objeción de conciencia.

El problema no radica ya en que el derecho siga una u otra dirección; sino en que se va haciendo cada vez más complicado calibrar de qué hablamos cuando de derecho se trata.

UNOS DERECHOS NO DEMASIADO NUEVOS

El discurso sobre los *nuevos derechos* se inserta en este contexto de relativización lingüística. Serán fruto de la tarea *performativa* llevada a cabo en escenarios internacionales por grupos de presión decididos a abrir paso a decisiones que lo Estados no se muestran dispuestos a –o en condiciones de–

¹³ Por todos, PECES-BARBA, G., *Curso de Derechos fundamentales I. Teoría General*, Eudema, Madrid, 1991, pp. 171-173.

¹⁴ SSTC 212/1996, F.6 y 116/1999, F.9,B) y C).

¹⁵ STC 120/1990, F.7; afirmación reiterada en las SSTC 137/1990, F.5 y 11/1991, F.2.

asumir por propia iniciativa. Su novedad no consistirá tanto en sus arcaicos fundamentos cuanto en la radicalidad con que se los lleva a término.

Se pretende llevar a cabo un efectivo desmantelamiento de todo lo que aparezca como traba al ilimitado despliegue de la autodeterminación individual. Cuando se desvincula de toda *verdad*, la *libertad* se traduce inevitablemente en *arbitrariedad*. La solidaria verdad que se niega no es ya sólo la que derivaría de una sociabilidad natural, sino incluso la que se había salvado de la quema por razones de mero cálculo utilitarista.

No es extraño pues que el derecho de familia sea el principal escenario de la nueva juridicidad. La *familia* no se sabe bien en qué pueda consistir. Sí se sabe lo que es la familia motejada de *tradicional*, pero se ignora a qué género pueda pertenecer esta especie a extinguir. Parece que no iría ya mucho más allá del matrimonio concebido como un doble individualismo oportunista-compartido. No habrá prácticamente sitio en la foto para el menor, cuya protección no gozará de más fundamento que un eventual beneficio de inventario.

Tan drástica operación se apoyará en un doble pilar.

Enlaza con la lucha por las igualdades, que legitimó la segunda generación de derechos, aunque paradójicamente para ponerla al servicio del individualismo de la primera. La *no discriminación* se convertirá en palabra clave. Valga un ejemplo. El interés del menor había convertido en inimaginable una adopción si uno de los cónyuges no mostrara particular interés en suscribirla. Legislaciones como la francesa o la española admiten la adopción por solteros, al entender que el interés del menor se verá así mejor protegido que sin un efectivo lazo familiar. En aras de la no discriminación, un Estado (*caso E.B. contra Francia*) se verá sin embargo condenado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por no facilitar la adopción solicitada solo por una de las componentes de una pareja femenina; el interés del menor esgrimido se vio rechazado como mera excusa discriminatoria.

El segundo pilar será la *intervención del Estado*. Como primera consecuencia tales derechos tenderán, confesadamente o no, a cobrar una dimensión prestacional. En fase de proyecto, la reciente ley española garantizadora del novedoso derecho a la *salud reproductiva* no se veía acompañada de la preceptiva memoria económica; se argumentó que no tendría incidencia dineraria. Bastó que se abordara su debate parlamentario para que la presión de las Comunidades Autónomas, que habrían de sufragar tan inevitable incidencia, obligara a incluir una disposición que asumiera sus consecuencias presupuestarias.

DERECHOS A DESEMBARAZARSE DE LOS DEMÁS CON AVAL DEL ESTADO,
ENTENDIDOS NO COMO LIBERTAD NEGATIVA SINO COMO PRESTACIÓN
POSITIVA

Más decisiva aún será una segunda consecuencia: la legitimación derivada de la identificación del *Estado* con el *interés público*, que contribuirá a reconocer dimensión pública a lo que no pasa de ser arbitrio privado de un ciudadano. Los derechos de la primera generación se diseñaban como libertades negativas, frente al Estado, al que se reconocía como único interlocutor en el ámbito público. Las relaciones con los otros quedaban remitidas a los meros efectos de la libertad contractual que podrían ejercer como privados. Los de la segunda –y quizá la tercera– generación aparecen como apoyo solidario, instrumentado por el Estado para subsanar la desigualdad originaria de otros, que convertiría en meramente formal su libertad. Los que ahora se proponen como nuevos derechos, no sólo encarnan el drástico individualismo de los de la primera generación, sino que lo llevan hasta el extremo de legitimar la posibilidad de desembarazarse de los demás, bajo el paradójico manto de la no discriminación. Imponen además que tales sacrificios humanos, en aras del individualismo, los ejecute el Estado con fondos de los contribuyentes. A esto parece acabar reduciéndose su no escasa novedad jurídica...

DEL DERECHO A NO SER SANCIONADO PENALMENTE AL DERECHO
A LA INTIMIDAD COMO AUTODETERMINACIÓN

El ya aludido dictamen del Consejo de Estado sobre la ley garantizadora de la *salud reproductiva* se convierte en muestra elocuente de la dificultad de una benévola digestión de la propuesta: no queda muy claro si se pretende erigirla en fuente de una nueva generación de derechos, o si no pasa de constituir un notorio ejemplo de la preocupante degeneración de tan prestigiado término.

La presión a favor del reconocimiento como derechos –frecuentemente en aras de la no discriminación– de conductas no hace mucho tipificadas como delito, responde al afán de superar la condición de mera tolerancia que cabría derivar de su simple reconocimiento legal como actuar lícito. Resulta a la vez indudable la explicable resistencia a atribuir carácter de derecho a la eliminación de una vida humana, por una u otra vía.

La primera sentencia del Tribunal Constitucional español sobre el particular¹⁶ no pasaba de reconocer un “derecho a no ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito”. Con posterioridad¹⁷ descartará que “la afirmación y reconocimiento de los derechos de libertad e intimidad de la mujer lleven consigo la absoluta negación del bien constitucional que se les opone, con la desaparición de éste por la simple voluntad de aquélla”. Ya antes¹⁸ había considerado exigible en cada caso una ponderación de bienes y derechos, pues tampoco “los derechos de la mujer pueden tener primacía absoluta sobre la vida del *nasciturus*, dado que dicha prevalencia supone la desaparición, en todo caso, de un bien no sólo constitucionalmente protegido, sino que encarna un valor central del ordenamiento jurídico”. Quizá todo ello se acabe volatilizando ante la urgencia de un novedoso derecho a la *intimidad*, entendido ahora como *autodeterminación*.

Las preguntas iniciales resucitan con particular vigor. ¿A qué podemos llamar con fundamento derecho? La respuesta obligará a abordar con un mínimo rigor cuál es el efectivo fundamento antropológico por el que se presenta como *derecho* lo que, sin ese punto de apoyo, no sería sino *pretensión arbitraria*.

¹⁶ STC 75/1984, F.6.

¹⁷ STC 70/1985, F.5.

¹⁸ STC 53/1985, F.9.